# Die rechtliche Natur der Testamentsexekution

und in Sonderheit

der Besitz des Testaments-Exekutors an den Nachlassgegenständen.

---

# Inaugural-Dissertation

welche mit Genehmigung der

**juristischen Facultät der Universität Breslau**

zur Erlangung der Doctorwürde

am

**Freitag, den 11. Mai 1883, Mittags 12 Uhr**

**im Musiksaal der Universität**

öffentlich verteidigen wird

**Max Rosenthal,**
Referendarius.

Opponenten: die Herren Oberlandesgerichts-Referendarien

**Max Kaernbach,**
**Carl Hamburger,**
**Max Schönbach.**

A. Neumann'sche Buchdruckerei (C. Ducius) in Breslau, Altbüsserstrasse 42.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41543119_0053

# I. Die historische Entwickelung der Testamentsexekution.

Das Institut der Testamentsexekutoren ist dem römischen Rechte sowohl dem Begriff als dem Namen nach völlig fremd. Der wesentliche Inhalt des Geschäftes, wodurch einem Anderen als dem im Testamente eingesetzten Erben die Ausführung des Testamentes anvertraut wird, steht im Widerspruch mit dem Grundprincipe des römischen Erbrechts, wonach der Erbe die Persönlichkeit des Erblassers in ihren vermögensrechtlichen Beziehungen aufnimmt und fortsetzt, also vornehmlich dazu berufen ist, als Repräsentant des Testators die Ausführung des letzten Willens zu besorgen. Gerade in diesem Sinne, (ut defunctorum dispositiones firmae sint), heisst es in nov. 48 praef.: una quodammodo videtur esse persona heredis et eius, qui in eum transmittit hereditatem. Jedoch finden sich auch schon im römischen Recht,*) wenn auch nur vereinzelt, einige Fälle, worin ein der Testamentsexekution wenigstens nahetretendes Verhältniss erwähnt wird; dies sind Fälle, wo einer Person, die sonst im Testamente gar nicht bedacht zu sein braucht, die Ausführung eines einzelnen Geschäftes nach dem Tode des Testators übertragen wird; z. B. die Besorgung des Leichenbegängnisses in l. 88 § 1 D. de legatis II, die Verteilung von Vermächtnissen in l. 8 D. de alim. legat. 34,1 und in l. 78 § 1 D. ad S. C. Trebellianum; ferner die Errichtung eines Denkmals für den Erblasser und der Ankauf eines Grundstücks für die Erben in l. 12 § 17 u. l. 13 D.

*) Mühlenbruch in Glück's Pandecten, Seite 393 ff.

mandati 17, 1, wobei die letzteren zwei Fälle besonders deshalb bemerkenswert sind, weil hier nach der richtigen Ansicht nicht eine letztwillige Anordnung, sondern ein wahres mandatum post mortem vorliegt.*) Ausserdem gehören hierher auch die unter den christlichen Kaisern häufiger vorkommenden Fälle,**) wo bei Vermächtnissen zu religiösen und wohltätigen Zwecken dem Ortsbischofe die Befugniss erteilt wird, in Ermangelung von anderen Beauftragten oder bei Saumseligkeit derselben, die Vollziehung zu bewerkstelligen.***) Aber alle diese Geschäfte sind doch von der T.-Exekution im Sinne des modernen Rechts, wonach die Aufrechterhaltung und Ausführung eines Testamentes seinem ganzen Umfange nach zur Aufgabe einer uninteressirten Person gemacht wird, so dass erst durch die Hand dieser Person die Verteilung des Nachlasses vollzogen werden soll, wesentlich unterschieden; sie beweisen nur, dass auch schon im römischen Recht die Möglichkeit gegeben war, eine ganz unbeteiligte Person mit der Ausführung einer letztwilligen Bestimmung, deren Verwirklichung der Bedachte zu erzwingen ausser Stande war, zu befassen.†)

Die ersten sicheren Spuren unseres Instituts finden sich im kanonischen Rechte. Ausdrücklich und bestimmt werden dort testamentorum executores in cap. 17 und 19 X de testam. et ult. volunt. III., 26 erwähnt,††) und zwar wird die Bestimmung getroffen, dass auch die vom Erblasser ernannten T.-Exekutoren der Aufsicht des Bischofs unterliegen sollten (cap. 19), und, falls es sich um eine pia causa handele, solle sogar das ausdrückliche Verbot des Testators diese Einmischung des Bischofs nicht verhindern (cap. 17 in fine). Die Geistlichkeit scheint überhaupt das Institut sehr begünstigt zu haben, da entsprechend den Verhältnissen der damaligen Zeit wohl überall meist Mönche oder Geistliche zu Vollstreckern des letzten Willens gemacht wurden, und gerade dieses Amt ihnen die beste Ge-

*) Vgl. Mühlenbruch S. 396 ff., ferner v. Scheurl, Beiträge I. S. 106. 107.
**) Mühlenbruch S. 399.
***) C. 28, 46, 49, C. de episc. et cler. I. 3, Nov. 131, c. 11.
†) Koch, Preuss. Erbr. S. 332.
††) Mühlenbruch, S. 401.

legenheit bot, in die intimsten Vermögensverhältnisse eingeweiht zu werden, was sie bei ihrer Stellung nicht schwer zu Gunsten der Kirche nutzbar zu machen vermochten. Eine Hindeutung gerade auf diesen Punkt, dass es nämlich in der Tendenz der Geistlichkeit überhaupt lag, die Testamentssachen unter ihre Gewalt zu bringen,*) wollen viele schon in der aus dem 9. Jahrhundert stammenden novella Leonis 68 finden, welche ausführt, dass Mönche und Geistliche, obwohl sie nicht Vormünder werden dürften, nichtsdestoweniger zur Ausführung testamentarischer Vorschriften befähigt sein sollten, wenngleich die hiermit betrauten Personen ebenfalls tutores (ἐπιτρόποι) genannt würden. Jedenfalls darf man als gewiss annehmen, dass das Institut in seinen Anfängen besonders unter der Obhut und durch die Begünstigung seitens der Geistlichkeit sich entwickelt hat. Seinen eigentlichen Ursprung aber verdankt dasselbe in Deutschland ohne Zweifel dem unmittelbaren praktischen Bedürfniss.**) Nur hierin kann die Veranlassung zu seinem ersten Auftreten gesucht werden, und gerade hierauf fusste auch wohl die Widerstandsfähigkeit, kraft deren das Institut dem eindringenden römischen Rechte gegenüber — trotz des erwähnten prinzipiellen Gegensatzes — sich erhalten konnte. Als nämlich in Deutschland die Testamente üblich wurden, da bestanden dieselben fast durchweg nur in einer Zusammensetzung von einzelnen Vermächtnissen aus dem Nachlass, und sie hatten von dem römischen Testamente nur die allgemeine Natur als einseitige und letztwillige Disposition über den Tod hinaus entlehnt.***) Es fehlte im deutschen Recht ebenso wie der Begriff der Einheit des Vermögens auch der der Universalsuccession, und dasjenige, was gewissermassen die „Angel des römischen Testamentes“†) war, die Einsetzung eines Erben, war in dem älteren deutschen Testamente nicht

*) Mühlenbruch, S. 400; Koch, S. 334.

**) Beseler, Zeitschr. f. deutsches Recht, B. IX. S. 148, ff. Randa, Erwerb d. Erbsch. S. 74.

***) Heimbach, Rechtslex. Bd. X. S. 1020.

†) Beseler, Lehre von den Erbverträgen, Bd. I. S. 285.

notwendig und nicht gebräuchlich.*) Deshalb war, als diese einseitigen letztwilligen Dispositionen, besonders in den Städten,**) immer mehr Eingang fanden, für den Testator das Bedürfniss vorhanden, auf eine andere Weise eine Gewähr für die Ausführung seines letzten Willens zu erlangen; in einer Mittelsperson, der er sein volles Vertrauen schenkte, sich ein Surrogat dessen zu schaffen, was bei den Römern der heres institutus als Repräsentant des Erblassers darstellte. Ein weiterer Grund aber, welcher beim Gebräuchlichwerden dieser einseitigen letztwilligen Verfügungen, (was wohl allenthalben im 12. und 13. Jahrhundert allmählich geschah,) unmittelbar das Bedürfniss, die Vollziehung zu sichern, wachrufen und bei dem ebenerwähnten Mangel des heres institutus um so empfindlicher wirken musste, liegt in der geringen Stufe der Rechtssicherheit im Mittelalter. Zu einer Zeit, wo fast aller Orten Fürsten und Ritter und Städte sich unter einander in blutiger Fehde bekämpften, wo langdauernde Kriege in weiten Gebieten das Gefühl der Sicherheit gar nicht aufkommen liessen und die Lust zum Rauben und Plündern allgemein anstachelten, wo selbst in Friedenszeiten die Rechtsprechung wegen des unentwickelten und dem praktischen Bedürfnisse nicht genügenden Verfahrens und wegen der Ungleichheit der Personen vor dem Rechte mangelhaft, Selbsthilfe und Eigenmacht in weitem Umfange gestattet und in noch weiterem geübt waren, da musste insbesondere dann, wenn die vom Testator Ausersehenen in der Ferne weilten oder noch in unmündigem Alter waren, ein starker und gegenwärtiger Schutz des Nachlasses zum fühlbarsten Bedürfniss werden. Rosshirt in der Zeitschrift für Civil- und Kriminalrecht***) tut dieses Momentes in Beziehung auf die Geistlichkeit Erwähnung; er berichtet nach Dürr, dissert. de manufidelibus,†) dass es vieler Orten so sehr gewöhnlich war, dass die Habe der Geistlichen

*) Ders. S. 247 f.
**) Beseler, Zeitschr. S. 152.
***) S. 222. 223.
†) § 5. 6.

nach ihrem Tode von allen Seiten, sogar von geistlichen Freunden und Bekannten, ausgeraubt und geplündert wurde,*) dass ihnen nichts übrig blieb, als treuen und mächtigen Freunden sich anzuvertrauen und diesen alles Gut zur künftigen Verwendung im Sinne des Verstorbenen zu überlassen. Man darf aber wohl annehmen, dass dieses Moment von allgemeinerer Wirkung gewesen ist und vielfach die Entstehung des Institutes der T.-Vollzieher veranlasst oder doch die schnelle Verbreitung desselben begünstigt hat.**)

Als ein geeignetes Hilfsmittel fand dieses praktische Bedürfniss, wie besonders Beseler***) überzeugend nachgewiesen hat, das im einheimischen Rechte ausgebildete Institut der Salmannen, (manufideles, Treuhänder), deren man sich bei den s. g. Vergabungen von Todeswegen zu bedienen pflegte, vor.†) Dieses Institut übertrug man nun auf die letztwilligen Dispositionen, indem man den Salmannen, welche man hier gewöhnlich als testamentarii, executores ultimarum voluntatum, aber auch unter Beibehaltung der alten Namen bezeichnete, (vgl. Haltaus, Gloss. p. 1581: executoribus ultimae voluntatis seu salmannis),††) das Vermögen in dem Sinne aufliess, dass sie dasselbe erst nach dem Tode des Erblassers an sich

*) Dies wird aus dem Umstande hergeleitet (Rosshirt a. a. O.), dass die Habe der Geistlichen nach ihrem Tode der Kirche heimfiel. Wie sehr gewohnheitsmässig in Bezug auf die Geistlichkeit dieses räuberische Verfahren war, geht aus einem damals entstandenen Sprichwort hervor: „Pfaffenguth: Raffenguth, Teubel halt den Sack uff!“ und daraus, dass man an einzelnen Orten (z. B. in Bamberg) das Verfahren schon mit einem eigenen Namen (Ripsraps) nannte.

**) Zum Beweise hierfür muss es auch dienen, wenn berichtet wird (Beseler, Erbvertr. B. I. S. 271. Heimbach, in Rtlx. S. 1016.), dass es Sitte war, Männer von Ansehen und Macht, sogar solche, welche dem hohen Adel angehörten, zu Salmannen und Vermittlern des letzten Willens zu nehmen; und es lässt sich wohl vermuten, dass in solchem Falle, da ja fast stets mehrere T.-Exekutoren ernannt wurden, diese lediglich ihre Autorität zum Schutze einlegten, während die Geschäftsführung den Anderen oblag.

***) Zeitschr. S. 145, ff.

†) Beseler Ztschr. S. 148 f.

††) Aus einer Urkunde von 1367, vgl. Beseler, Erbv. S. 288.

nehmen und gemäss seinen Anordnungen verteilen sollten. Auf dieser Grundlage hat sich das Institut der T.-Vollstrecker in Deutschland weiter entwickelt, indem insbesondere später, als die Testamente allgemeine Geltung in Deutschland erlangt hatten, die vorher erforderliche Uebertragung der Gewere zur getreuen Hand überflüssig und durch einfache testamentarische Ernennung ersetzt wurde.*) Ob und inwieweit das Institut der Voigtei oder die Vormundschaft in älterer Zeit auf Entstehung und Entwickelung unseres Instituts eingewirkt haben, wie manche Schriftsteller nachzuweisen suchen**) und wie es ganz besonders aus der Geschichte des Lübischen und Bremer Rechtes hervorzugehen scheint, lässt sich mit Sicherheit kaum noch bestimmen.

Als nun nach und nach die Reception des römischen Rechts in Deutschland sich vollzogen hatte, da war auch das praktische Bedürfniss für die T.-Vollstreckung, soweit es aus der Testamentsform und dem Mangel des Erben resultirte, natürlicher Weise fortgefallen. Nichtsdestoweniger blieb das Institut in fortdauernder Uebung und es ist keine Spur vorhanden, dass der allgemeine Gebrauch desselben durch die Aufnahme des Römischen Rechts auch nur im mindesten beeinträchtigt worden wäre. Es wird uns aus dem 17. Jahrhundert, aus einer Zeit also, wo die Reception noch nicht lange vollkommen durchgedrungeu war, berichtet, dass fasst keinem Testamente die Ernennung von Exekutoren fehle: quotidianus testamentorum stylus docet, nullum fere testamentum fieri, in quo non aliqui constituantur executores.***) Diese Tatsache giebt meines Erachtens vollgiltigen Beweis dafür, dass nicht im Mangel des eingesetzten Erben allein, sondern darüber hinaus unmittelbar in den rechtlichen Zuständen der damaligen Zeit der Grund der Entstehung und allgemeinen Verbreitung der T.-Exekutoren zu suchen ist. Denn während jener in der Form der Testamente wurzelnde Grund nun nach vollendeter

*) Beseler, Ztsch. S. 149. Pauli, Abhdl. aus d. Lüb. R. S. 308 ff.
**) Pauli S. 316 ff. Kraut, Vormundschaft, I. S. 11. 31 ff. 263 ff.
***) Lauterbach, Disput. Jurid. (1668); vol. III, no. 8. praef. S. 3.

Reception gänzlich hinweggefallen war, darf man dagegen wohl annehmen, dass zunächst während des 16. und eines grossen Teiles des 17. Jahrhunderts der auf S. 4 f. hervorgehobene Grund, der Mangel der Rechtssicherheit, noch fortdauernd auf das praktische Bedürfniss einwirkte, in der Art, dass es oft dem Erblasser notwendig schien, einen starken und gegenwärtigen Schutz für den in der Ferne befindlichen oder zu schwachen Erben zu gewinnen. Ferner aber hatte das Institut bereits aus anderen Gründen starke Wurzeln im Rechtsleben des deutschen Volkes geschlagen, indem sich nämlich sehr bald gezeigt hatte, dass dasselbe auch sonst manchen Zwecken dienstbar werden konnte:*) einmal um die Last der Erbschafts-Regulirung von dem oft noch wenig geschäftskundigen Erben abzuwälzen und in die Hand einer erfahrenen Vertrauensperson niederzulegen, zweitens aber um die Ausführung des Testamentes gegen den Mangel des guten Willens des berufenen Erben dadurch zu sichern, dass man dieselbe einer ganz uninteressirten Person anvertraute, beides Gründe, welche nach meiner Ansicht im früheren deutschen Rechte um so stärker wirken mussten, als die häufige Trennung des Vermögens in allodiale und Lehnsgüter, ferner die durch die Rücksicht auf Erhaltung des Familienglanzes bedingte Unveräusserlichkeit gewisser Güter einmal die Schwierigkeit der Erbteilung sehr steigerte, zweitens vielfach Gelegenheit zu Streitigkeiten unter den Erben darbieten musste. Dies also, das zunächst noch fortdauernde unmittelbare praktische Bedürfniss, ausserdem aber die mannigfachen Vorteile und Bequemlichkeiten, welche das Institut bot, waren die tatsächlichen Ursachen, vermöge deren das einheimische Institut dem sonst fast überall siegreich vordringenden römischen Rechte gegenüber, ungeachtet des entschiedenen principiellen Gegensatzes, sich in allgemeinster Verbreitung aufrecht erhielt. Freilich wurde man sich dieses scharfen principiellen Widerspruchs zunächst nicht klar bewusst, und man suchte das Institut durchaus mit dem römischen

*) Vgl. Ihering, Geist des R. R. Bd. III S. 241 (3. Aufl.)

Rechte zu vereinbaren und ihm im System desselben einen Platz einzuräumen. Ja, man erkannte das Wesen des Geschäfts anfangs so wenig, dass man meinte, selbst seinen Ursprung im römischen Rechte suchen zu müssen; wie z. B. Fed. Scotus*) die Ansicht aufstellt, dass der Gebrauch der T.-Exekutoren aus der ältesten römischen Testamentsform, dem testamentum calatis comitiis, wo der Testator die Ausführung seines letzten Willens den versammelten Quiriten anempfahl, abzuleiten sei, eine Entdeckung, welche sogar noch bei Lauterbach als wahrscheinlich gebilligt wurde.**) So kam es, dass man in diesem Bestreben, die T.-Exekution nach römischen Rechtsgrundsätzen zu beurteilen, zunächst im 16. und 17. Jahrhund ertdieselbe allgemein unter den Gesichtspunkt der Vormundschaft stellte***) und daraus tief eingreifende Sätze für dieselbe ableitete; diese Anschauung ist dann auch in die Kodifikationen der damaligen Zeit übergegangen†), ebenso wie die im folgenden Jahrhundert herrschende Theorie, welche ein Mandatsverhältniss annahm, die grossen Gesetzgebungen dieser Zeit beeinflusst hat.††) Während einzelne Schriftsteller (Leyser, Hellfeld) auch die Analogie des arbiter zur Konstruktion des Geschäftes verwenden wollten, ist in neuerer Zeit die Ansicht am meisten verbreitet, dass die T.-Exekution ein eigentümlich geartetes Geschäft mit erbrechtlichem Charakter sei,

---

*) Lauterbach, praef. S. 1.

**) Mit besserem Grunde hätte man auf das testam. per aes et libram, wie wir es jetzt aus Gaius II § 102 ff. kennen, vielleicht zurückgreifen können. Neuere Forscher (z. B. Bechmann, Kauf I. S. 297, Karlowa, das Rechtsgeschäft S. 193) erblicken, und gewiss nicht mit Unrecht, in dem alten familiae emtor eine Art T.-Exekutor. Freilich fehlt auch hier der geschichtliche Zusammenhang mit dem neuern Institut. —

***) Ueberall begegnet man in jener Zeit dem Ausspruch: executores ultimarum voluntatum tutoribus aequiparantur. (Vgl. z. B. Mynsinger, resp. iuris, Dec. IV. resp. 35 no. 23.)

†) Vgl. bes. Nürnb. Reform. v. 1565, Tit. 22; Frankfurt. Reform. IV. Tit. 11; Würtemb. Landr. Tit. 27.

††) Preuss. L. R. Teil I. Tit 12 § 557—562. Oesterr. G. B. § 816.

wobei die einen eine besondere Vermächtnissart,*) andere eine sogenannte formelle Repräsentation des Erblassers kraft erweiterter Testirfreiheit,**) einige endlich eine einseitige Bevollmächtigung annehmen.***)

Anm. Der Grundgedanke, welchen das Institut der T.-Exekutoren verwirklicht, ist, wie ich glaube, der, dass selbst nach dem Tode die Achtung des individuellen Willens durch volle und strikte Realisirung desselben betätigt werden muss. Diese Anerkennung der Persönlichkeit über den Tod hinaus fehlte ursprünglich dem deutschen Rechte, wie sie ganz gewiss im römischen Rechte auch nicht von Anfang an vorhanden gewesen ist Das, was schon von Natur aller Orten als eine Pflicht der Pietät gilt, die Heilighaltung des letzten Willens eines Verstorbenen, das suchte auch im Rechtsleben sowohl des römischen wie des deutschen Volkes nach einem passenden Ausdruck und schuf sich Institute, wodurch es die rechtliche Anerkennung erlangte†) und damit seine volle Wirksamkeit sicherte. Das deutsche Recht hat ganz selbstständig und aus eigener Kraft zur Verwirklichung jenes Grundgedankens das Institut der T.-Exekution hervorgebracht, während im römischen Rechte der Begriff des heres institutus eben demselben Zwecke dienen musste. Es waren also zwei gleichartige Institute, welche durch die Reception des römischen Rechts mit einander in Kampf traten, insofern als sich in beiden ein und dasselbe Grundprincip — bei dem einen in römischer, bei dem andern in deutscher Form — realisirte, und man muss sagen, dass das deutsche Institut zwar nur auf einem Umwege, nämlich durch die Vermittlung einer unbeteiligten Person, aber eben deshalb wirksamer und sicherer zum Ziele: zur striktesten Realisirung des letzten Willens führt. Denn es lässt

*) Koch, Preuss. Erbr.

**) Beseler, Ztsch. f. deutsch. R. IX, 3.

***) Hinschius, Pr. Anw. Zt. 1866.

†) Kreutzer, de exec. testam. S. 14: Censeo interiorem causam et finem totius nostri instituti positum esse in pietate erga defunctos et ius ad hoc quasi praesidium confugisse.

sich gar nicht in Abrede stellen, dass der Erbe bei Mangel an gutem Willen sehr oft Mittel und Wege finden wird, da, wo ein bestimmter Berechtigter nicht vorhanden ist, den Willen des Testators zu umgehen und auch da, wo ein solcher vorhanden, ihm die Ausübung seines Rechts zu erschweren oder zu verleiden. Das römische Recht ist zwar den kürzeren, das deutsche aber ist den sichereren Weg gegangen und hat, getrieben durch ein, wie oben geschildert, bei weitem dringenderes Bedürfniss, ein entschieden kraftvolleres Institut geschaffen, und dies ist m. E. der innere Grund, weshalb die T.-Exekution sich vollgiltig im modernen Recht neben jener demselben Zwecke dienenden Institution des heres erhalten hat, und was ihre Lebensfähigkeit auch für die Zukunft sichert.

## II. Das Prinzip der Lehre.

Im Anschlusse an die verschiedenen Theorien werden auch die einzelnen in das praktische Gebiet hinüberzielenden Fragen vielfach divergirend beantwortet. Deshalb erscheint es notwendig, zunächst über die innere Natur und den Charakter des Instituts Klarheit zu gewinnen. Denn nur auf dieser Grundlage können die einzelnen praktischen Fragen, insbesondere auch die nach dem Rechte des T.-Exekutors auf den Besitz der Nachlassgegenstände und nach der näheren Qualifikation dieses Besitzes, mit Sicherheit beantwortet werden.

Die in der früheren Zeit am weitesten verbreiteten Theorien, welche die T.-Exekution unter den Gesichtspunkt der Vormundschaft stellen oder sie als Mandat im römischen Sinne behandeln wollten, zählen auch heutzutage noch Anhänger. Aber, obwohl gewisse Aehnlichkeiten mit jedem dieser beiden Rechtsinstitute vorhanden sind, so sind doch gerade die Unterschiede so wesentlich und tief eingreifend, dass jede Entwickelung nach der einen oder anderen Analogie unbedingt zu Widersprüchen oder Unzuträglichkeiten führen muss. Das Institut der Vormundschaft hat im Gegensatz zu unserem Institut seine

wesentliche Grundlage im öffentlichen Interesse,*) ihre Anordnung ist daher eine notwendige, und es tritt andererseits ein Zwang zur Uebernahme und eine Oberaufsicht des Staates ein; ihr Zweck überdies ist die Ergänzung oder Vertretung des Willens von handlungsunfähigen Personen, was alles sich mit dem Wesen der T.-Exekution durchaus nicht verträgt. Die in Wahrheit vorhandene Aehnlichkeit, darin bestehend, dass die Vormundschaft gleich der T.-Exekution eine unfreiwillige Stellvertretung verbunden mit einer gewissen Vermögensverwaltung in sich schliesst, wird durch jene Unterschiede bei weitem aufgewogen und ergreift das eigentliche Wesen der T.-Exekution zu wenig, um eine Behandlung unseres Instituts nach dieser Analogie, wie sie in der neuesten Zeit wieder von Windscheid**) in Vorschlag gebracht wird, zu rechtfertigen.

Diese Theorie wurde schon im Laufe des 18. Jahrhunderts allgemein als unhaltbar erkannt und aufgegeben, und an ihre Stelle trat die vom Mandat. Gegen die Mandatsnatur aber spricht in erster Reihe, dass bei dem Mandate stets die vertragsmässige Entstehung gewahrt sein muss,***) welche der T.-Exekution abgeht; denn wenn man selbst auf Grund der schon oben erwähnten lex 12 § 17 und lex 13 D. mandati 17,1 zugeben will, dass ein mandatum post mortem im späteren römischen Rechte für zulässig erachtet wurde, so muss man doch wohl annehmen, dass es sich hier um einen Vertrag unter Lebenden, der erst nach dem Tode des Mandanten vollzogen werden sollte, handelt.†) Wenn man dagegen die T.-Exekution als Mandat auffassen will, so müsste dieses überhaupt erst nach dem Tode perfekt, und gewissermassen der Vertrag erst mit dem Todten abgeschlossen werden, was gewiss nicht als zulässig gelten kann. Dazu kommt noch, dass im Gegensatz zum Mandat die T.-Exekution nicht willkührlich widerruflich ist, da ganz allgemein dem T.-Exekutor

*) Förster, Prenss. Privatr. IV. S. 171.
**) Pand. § 155, 13. § 567.
***) Windscheid § 567 Note 8. Beseler, Zeitschrift S. 166 ff.
†) Koch, S. 338 f.

eine durchaus selbstständige Stellung gegenüber dem Erben gegeben wird, und dass dieselbe, wenn sie einmal übernommen ist, von Seiten des T.-Exekutors ohne besondere Gründe nicht wieder niedergelegt werden kann. Dass freilich in der Ernennung eines T.-Exekutors ein gewisser Auftrag liegt, lässt sich nicht verkennen, aber dies genügt nicht, um das Geschäft zu einem Mandat zu stempeln: ein Auftrag liegt z. B auch dem Fideikommiss zu Grunde,*) ohne dass man es je versucht hätte, dieses nach den Grundsätzen vom Mandat zu beurtheilen. Die T.-Exekution ist, wie Dernburg sich treffend ausdrückt,**) „vom gewöhnlichen Mandat durch die Kluft geschieden, welche die Geschäfte unter Lebenden von denen von Todeswegen trennt."

Die Theorie, welche den T.-Exekutor dem römischen arbiter gleichstellen wollte, ist nur vorübergehend herrschend gewesen und wird wohl heutzutage von Niemandem mehr verfochten. Sie ist innerlich unbegründet und fällt schon durch den Umstand, dass eine vernünftige Interpretation doch hier zunächst vom Willen des Testators auszugehen hat; denn man kann unmöglich annehmen, wenn der Testator sagte: „Ich ernenne den X. zum Vollzieher meines Testamentes," so habe er damit sagen wollen, er ernenne ihn zum Schiedsrichter unter seinen Erben; und nicht vielmehr dann ausdrücklich bestimmt haben würde, dass er ihn zum Schiedsrichter machen wolle; denn das Testament realisiren und den Schiedsrichter bei etwaigen Zwistigkeiten der Erben spielen, ist doch wohl nicht dasselbe.

Es bleiben noch diejenigen Theorien übrig, welche die T.-Exekution als ein eigentümlich geartetes Institut mit erbrechtlichem Charakter auffassen. Hier liegt der unleugbar richtige Gedanke zum Grunde, dass dieses Geschäft in seinem ganzen Wesen von allen anderen Geschäften so grundverschieden ist, dass es lediglich aus sich selbst heraus, seiner inneren Natur und seinem eigentümlichen Zwecke entsprechend beurteilt werden darf. Von diesen Theorien hat von vorn herein

*) Hinschius, Pr. A. Z. 1866. Sp. 765.
**) Pr. Privatr. Bd. III. S. 450.

die geringste Wahrscheinlichkeit die von Koch *) aufgestellte: der Testamentsvollzieher sei einim letzten Willen Onerirter, der in den meisten Fällen zugleich ein Honorirter sein werde. Diesen etwaigen besonderen Vermögensvorteil hält aber Koch selbst durchaus nicht für wesentlich, sondern scheint vielmehr von der Ansicht auszugehen, dass die Ernennung zum T.-Exekutor an sich, schon die Uebertragung der Funktion eines solchen, ein besonderer Vorteil, und aus diesem Grunde die Anordnung der T.-Exekution als ein Vermächtniss zu behandeln sei. Offenbar ist aber einmal dem Begriffe des Vermächtnisses ein Vermögensvorteil und zwar gerade auf Kosten des Nachlasses durchaus wesentlich, und zweitens ist die T.-Exekution an sich und ihrer Natur nach — Ausführung des Testaments — ein Inbegriff von Pflichten und nicht von Rechten; Rechte sollen nur mittelbar, nämlich so weit sie zur Erfüllung dieser Pflichten notwendig sind, mit der T.-Exekution verbunden sein. Koch greift im übrigen mit dieser Theorie nur auf eine ältere, ganz vereinzelt von Guilelmus Durantis in seinem grossen Werke, dem Speculum indiciale, angeführte Analogie zurück Durantis, der erste Schriftsteller, welcher sich ausführlicher mit dem Institute der T.-Exekution beschäftigt hat, kommt bei seiner Untersuchung über die Natur des Geschäfts, nachdem er eine Anzahl Analogien (negotiorum gestio, einfaches Mandat) als undurchführbar bei Seite geworfen, zu dem Resultat, dass der T.-Exekutor sich am ehesten mit dem Legatar oder Fiduziar vergleichen lasse; nichtsdestoweniger leitet er die bedeutsamsten Rechtsätze, (so die Eintheilung in executores testamentarii, legitimi und dativi, die Verpflichtung zur Rechnungslegung, zur Errichtung eines Inventars, Ablehnung nur aus gesetzlichen Exkusationsgründen), nicht aus diesem Verhältniss, sondern aus der Verwandtschaft unseres Institutes mit der Vormundschaft ab. Was dem Legate in Wahrheit mit der T.-Exekution gemeinsam ist,**) dass sie nämlich beide eine letztwillig angeordnete Beschränkung des Erben enthalten, das

*) Pr. Erbr. S. 339 f.
**) Dernburg S. 450.

kann gegenüber jenen Verschiedenheiten nicht genügen, um die beiden Institute einander gleichzustellen.

Die von Beseler*) aufgestellte Theorie von der formellen Repräsentation geht zunächst von dem Gedanken aus, dass dem T.-Exekutor unzweifelhaft von dem Testator ein Theil derjenigen Rechte übertragen sei, die sich auf die Repräsentation desselben nach seinem Tode beziehen, dass ihm also kraft der ultima voluntas des Testators ein Teil der — nach römischem Prinzip dem Erben voll gebührenden — Repräsentation zukomme; diesen Teil nun nennt Beseler die formelle Repräsentation im Gegensatz zu dem dem Erben verbleibenden Rest, der sogenannten materiellen Repräsentation. In dieser durch das moderne Recht dem Testator gewährten Möglichkeit, den Erben in der angedeuteten Weise zu beschränken und seine Repräsentation zwischen diesem und einem Dritten zu teilen, erkennt Beseler eine Erweiterung der Testirfreiheit im Vergleich mit dem römischen Recht und sieht hierin das Prinzip der Lehre, welches für die Behandlung derselben wenigstens einen festen Boden bereiten soll. Indessen räumt Beseler selbst sogleich ein, dass man mit seinem Prinzipe nicht auskomme, weil es ganz allgemein und unbestimmt sei; und in der Tat, man muss sagen: es fehlt diesem von Beseler hingestellten Begriffe durchaus der Inhalt. Denn im Grunde genommen stellt Beseler für unser Institut nur das folgende auf: Die T.-Exekution ist eine formelle Repräsentation des Erblassers; diese besteht in der Befugniss, einen Teil der sonst dem Erben gebührenden Rechte auszuüben, dieser Teil von Rechten aber ist wiederum nichts anderes als die Ausführung des Testaments; also liegt hier offenbar ein circulus vor, und die Sache selbst ist dadurch noch nicht gefördert. Es bleibt dabei völlig unklar, wo die Scheidelinie zwischen der formellen und der materiellen Repräsentation eigentlich zu suchen ist,**) und es wird überhaupt, wie Förster sehr richtig bemerkt, durch Beseler's Satz ein festes Prinzip für das Rechtsverhältniss des

*) Ztschr. S. 173 ff.

**) Förster, Pr. Privatr. S. 171.

T.-Vollstreckers an sich und in Bezug auf den Erben gar nicht gewonnen. Wenn aber Förster die von Beseler behauptete, „besonders modificirte Testirfreiheit“ des heutigen Rechts in Abrede stellt, so scheint mir dies nicht gerechtfertigt zu sein. Denn vergleicht man den tatsächlichen Umfang des Rechts, wie es dem römischen Testator zustand und wie es heute bei Ernennung eines T.-Exekutors beschaffen ist, so ergibt sich klar der Unterschied: der Römer konnte lediglich alle einzelnen Bestandteile seines Vermögens verteilen und zwar eben deshalb, weil jedes einzelne Recht ihm selbst zustand; dagegen kann heutzutage der Testator darüber hinaus verfügen: er darf nicht bloss wie der römische Testator sein Vermögen, seine einzelnen Rechte, so und so vergeben, sondern er darf überdies einer Person ein gewisses Recht erteilen, welches nicht irgend einem ihm zustehenden materiellen Rechte entfliesst, vielmehr unmittelbar einer vom Rechte anerkannten Willensmacht des Testators.

Hierin liegt m. E. das Moment, welches einerseits die T.-Exekution den Geschäften von Todeswegen zur Seite stellt, andererseits aber zugleich die charakteristische Eigentümlichkeit derselben im Gegensatz zu den übrigen Geschäften dieser Art begründet. Allen diesen ist es, wie ich glaube, eigentümlich, dass hier eine von ihrem persönlichen Substrat losgelöste Willensmacht, also eine Willensmacht über den Tod hinaus, anerkannt wird, zuwider jenem natürlichen und ursprünglichen Grundsatze, dass der Tod die Sphäre der rechtlichen Tätigkeit endgiltig abschliessen müsse.*) Während indessen bei allen römischen Erscheinungsformen dieser Geschäfte die Willensmacht nur auf Grund von bereits bestehenden Rechtsverhältnissen anerkannt ist, wird in unserem Falle die Willensmacht als solche, unabhängig von irgend einem greifbaren materiellen Rechte, als ein in der Persönlichkeit selbst gegründetes Recht, auch über den Tod hinaus vom objektiven

*) Beseler, Erbvertr. I. S. 1.

Rechte gebilligt.*) Unmittelbar dem Willen des Testators entspringt die Befugniss, zum Zwecke der Vollziehung des Testaments Jemandem eine gewisse Machtfülle — auf Kosten der Erben — zu erteilen. Dies geschieht durch die Ernennung eines T.-Exekutors.

Die Anerkennung unseres Instituts von Seiten des objektiven Rechts hat die rechtliche Bedeutsamkeit eines solchen Willens sicher gestellt. Es liegt hier offenbar ein rechtlich sanktionirter Eingriff in die Machtsphäre eines Dritten vor, denn nicht von seinem Rechte, sondern ein Stück von dem künftigen Rechte seiner Erben giebt hier der Testator hin; die rechtliche Sanktion dieses Eingriffs ist aber deshalb erfolgt, damit dem Testator die volle Gewissheit der strikten Ausführung seines letzten Willens gewährleistet sei. Der Erblasser kann demnach seinen Willen — abgesondert und unabhängig von den materiellen Rechten — und zugleich die Befugniss, ihn zu realisiren — in gleicher Weise unabhängig von dem Träger der materiellen Rechte, dem Erben, — auf eine dritte Person übertragen. Darum muss man allerdings anerkennen, dass diese dem römischen Recht unbekannte Befugniss des Erblassers eine Modifikation der Testirfreiheit enthält. Jedoch ergibt sich andrerseits eben aus dieser Entwickelung auch der innere Grund der Unzulänglichkeit, an welcher die Beseler'sche Theorie von der formellen Repräsentation leidet: der Testator hat zwar erstens: seinen Willen auf den T.-Exekutor übertragen; dieser soll ihn in seiner Seele aufnehmen, soll demnach zweifellos den Erblasser im Moment des Willens „repräs-

*) Man könnte versucht sein in dieser Hinsicht die testamentarische Anordnung einer Vormundschaft unserem Institute gleichzustellen. Indessen muss man sagen, dass hier unbedingt das persönliche Verhältniss zwischen Vater und Kindern die materielle Grundlage der Ernennung bildet, und ein überzeugender Beweisgrund hierfür ist, dass ursprünglich die Vormundschaft gleich der patria potestas als ein Recht (vis ac potestas), gewissermassen als ein aus der patria potestas herausgeschältes Recht, angesehen wurde, also keineswegs einer rechtlich anerkannten reinen Willensmacht entspringt.

sentiren". Eine solche Repräsentation im Willen aber ist an sich, abstrakt genommen, ohne jede rechtliche Bedeutung, sie bedarf einer materiellen Grundlage: der rechtlichen Macht den Willen auch auszuführen. Zu diesem Zweck ist dem T.-Exekutor zweitens: eine gewisse Dispositionsbefugniss über den Nachlass gegeben; diese aber ist ihm nicht dauernd übertragen, sondern nur zeitweilig, sie ist nur vorläufig vom Rechte des Erben losgetrennt und ist bestimmt, sobald als tunlich an denselben heimzufallen und dauernd an seinem Rechte zu haften; deshalb kann in Betreff dieser Dispositonsbefugniss unmöglich von einer Teilung der Repräsentation des Erblassers zwischen Erben und T.-Exekutor, von einem Gegensatz zwischen formeller und materieller Repräsentation die Rede sein. Man müsste, wenn man den Begriff einer Repräsentation überhaupt aufrecht erhalten will, eine Einschränkung vornehmen und sagen: dem T.-Exekutor kommt eine gewisse (sog. formelle) Repräsentation zu, so lange und so weit sie zur Ausführung des Testaments nothwendig; dadurch aber kommt man nur in den schon oben erwähnten Kreislauf hinein. Der Begriff der „formellen Repräsentation" reicht also nicht zu, um das Wesen der T.-Exekution darzustellen und die ganze Gegenüberstellung von formeller und materieller Repräsentation ist nur geeignet, die Lehre über das Prinzip der T.-Exekution noch mehr in Verwirrung zu bringen.

Es ist nun noch eine Theorie in Betracht zu ziehen, welche von Hinschius aufgestellt*) und im wesentlichen von Förster**) angenommen ist. Diese definiren die T.-Exekution als „letztwillige Bevollmächtigung, bestimmte erbschaftliche Geschäfte in Stellvertretung des Erben zu verrichten." Diesen so gewonnenen Begriff nun löst Förster zum Zwecke der näheren Ausführung in zwei Bestandtheile auf, nämlich erstlich: „nicht der Erblasser, sondern der Erbe wird durch den Vollstrecker vertreten." Dies aber ist nach der Natur

*) P. Hinschius, Preuss. Anw. Zeit. 1866, Sp. 753 ff.
**) Theorie und Praxis d. Pr. Privatr. S. 174 ff.

des Geschäfts unzweifelhaft nicht richtig. Denn wenn man in Betracht zieht, dass es unbedingt gerade als Hauptaufgabe des T.-Exekutors gelten muss, die Verwirklichung des im Testamente niedergelegten Willens zu vollziehen, d. h. die Vermögensmasse des Verstorbenen seinem Willen gemäss zu verteilen,*) so muss man auch zugestehen, dass bei Ausübung dieses Geschäfts der T.-Exekutor durchaus nur den Erblasser repräsentiren kann. Man kann doch unmöglich behaupten, dass der Erbe, der in unserem Falle empfangen soll, zugleich von dem T.-Exekutor, welcher geben soll, vertreten werde; das hiesse nichts anderes, als dass der Erbe gewissermassen mit sich selber kontrahire. Diese Verteilung ist nach meiner Meinung vielleicht praktisch nicht die bedeutsamste, nichtsdestoweniger aber die wesentliche und eigentliche Aufgabe des T.-Exekutors; alle anderen Rechte und Pflichten leiten sich erst mittelbar hieraus ab. Es lässt sich sehr wohl denken, dass in einem einzelnen Falle schon mit dieser Verteilung die Aufgabe des T.-Exekutors vollkommen erschöpft wird: wenn nämlich nur eine positive Vermögensmasse ohne Forderungen und Schulden vorhanden und dennoch ein T.-Exekutor ernannt ist. Dann hätte derselbe den Legataren das Gebührende aus der Masse auszuzahlen, die Erben in den Besitz einzuführen, und damit wäre sein Amt völlig erledigt. In der Tat ist es der Erblasser, welcher sein Vermögen verteilen will und deshalb, weil gerade sein Tod die von ihm selbst gewollte Voraussetzung dieser Verteilung ist, sich ein fremdes Werkzeug dafür bestellt hat; der T.-Exekutor ist nur das Organ, vermittelst dessen der Erblasser handelt, und vertritt also zunächst nur den Erblasser und nicht den Erben.

Was den zweiten Bestandteil jener von Förster gegebenen Begriffserläuterung betrifft, dass nämlich der Inhalt der Bevollmächtigung Vollziehung des letzten Willens sei, so können wir denselben hier insofern ausser Acht lassen, als er nur

*) Lauterbach, III, 16: Executores universales sunt ii, qui herede instituto eliguntur a testatore ad distribuendum omnia sua bona et legata solvenda. (Th. Seublin bei Casp. Klock, vot. cam. 10).

selbstverständliches vorbringt und nur beweist, dass auch durch diese Theorie in der Sache selbst nichts gewonnen ist, indem sie eben jener Willensvollziehung einen selbstständigen Charakter nicht aufzuprägen vermag.

Ebensowenig vermag dies eine in neuester Zeit von Sturm (Lehre von den T.-Vollziehern nach gemeinem und preussischem R.)*) vorgebrachte Meinung, welche mit der vorangehenden Darstellung zwar darin übereinstimmt, dass sie alle bisherigen Theorien verwirft und nicht verkennt, dass die T.-Exekution als ein besonderes Geschäft von Todeswegen zu behandeln sei, jedoch zu einem festen und greifbaren Resultate überhaupt nicht gelangt. Denn wenn die T.-Exekution als eine „Güterpflege für den Nachlass, d. h. eine Fürsorge für ein bestimmtes Vermögen als solches" erklärt wird, so liegt darin nur eine Umschreibung und eine Erläuterung des Begriffs, ein sicheres Prinzip zur Beurteilung aller einzelnen einschlagenden Fragen ist aber durchaus nicht gewonnen. —

Bei der Beurteilung der heutigen Stellung der T.-Exekutoren gehen, wie es scheint, die meisten Schriftsteller von dem Gedanken aus, dass durch die Reception des römischen Rechts und den damit erfolgten Eintritt des heres institutus die T.-Exekution eine wesentliche Aenderung im Sinne einer Beschränkuug erfahren habe,**) und das nun gerade die Konkurrenz der Berechtigungen von T. Exekutor und Erben

*) Bei Jhering, Jahrbücher, XX S. 91.

**) „Es kam darauf an, ob man überhaupt noch das Institut der T.-Exekutoren beibehalten und, wenn dies der Fall war, welche Stellung man ihnen im allgemeinen und besonderen in ihrem Verhältniss zu dem Erben anweisen werde." (Beseler Ztsch. S. 156. Heimbach, S. 1021.) Die Sache liegt aber, wie ich glaube, vielmehr so: die Praxis hat das Institut tatsächlich beibehalten und, wie oben ausgeführt, mit gutem Grunde; Aufgabe der Juristen wäre es nur gewesen darzulegen, wie dieses Verhältniss in Verbindung mit dem heres zu konstruiren sei, nicht aber zu erwägen, ob man die T.-Exekutoren beibehalten und welche Stellung man ihnen eventuell anweisen solle. Dazu ist die Theorie nicht befähigt gewesen, das Volksrecht ist hier einmal, wie an anderer Stelle sehr richtig bemerkt wird, (Heimbach, S. 1023), seinem wesentlichen Inhalt nach in das Juristenrecht übergegangen.

heutzutage den Charakter der T.-Exekution bestimmen müsse. Dem gegenüber werde ich zunächst nachzuweisen versuchen,

1. dass der wesentliche Inhalt der T-Exekution trotz des Eindringens des römischen Rechts durchaus unberührt geblieben ist. Den wesentlichen Inhalt aber sehe ich darin, dass vom Testator einer Vertrauensperson ohne notwendige Uebertragung eines materiellen Rechts die Verteilung des Nachlasses nebst den dazu etwa erforderlichen Vorbereitungshandlungen in einer dem Sinne des Testators entsprechenden Art in die Hand gegeben wird, was der Kürze halber „Vertretung des Nachlasses" genannt werden mag. Wenn man sich nun in grossen Zügen die Entwickelungsgeschichte unseres Instituts in Deutschland vergegenwärtigt, so sind zwar anfangs vielfach Beisätze, nirgends aber ist eine wesentliche Abweichung in diesem Grundcharakter des Geschäfts wahrzunehmen. Als sich dasselbe zuerst aus den sog. Vergabungen von Todeswegen herausschälte, da wurde ein ganzes Vermögen dem Salmanne feierlichst aufgelassen mit der Bedingung, dasselbe nach dem Tode des Auflassers, in der von diesem bestimmten Art oder nach eigenem Belieben, aber doch im Sinne des Erblassers, zu vergeben. Der Einfluss des römischen Reichts aber bewirkte hier nur zweierlei:

a) die Form der Auflassung fiel fort und es genügte nun die einfache Ernenung im Testament, um die für das Geschäft nötige Machtvollkommenheit einzuräumen;

b) die verschiedenen Beisätze, welche in dem unabgeschlossenen Entwickelungszustande des germanischen Rechts ihren Grund gehabt hatten, also insbesondere die Verknüpfung mit der Vormundschaft,*) (wonach die Testamentarien zugleich Vormünder der Wittwe und der Kinder des Verstorbenen waren, und als solche natürlich eine sehr weite Machtvollkommenheit erhielten), und ferner die früher häufige Anheimstellung der Vergabung in's Belieben des Vertrauensmannes**) wurden bei Aufnahme des römischen

*) Pauli, Abh. III, S. 319 ff.

**) Beseler, S. 192.

Rechts als überflüssig oder unpraktisch bei Seite geworfen; denn dieses führte ja dem deutschen Rechte erstlich ein selbstständig entwickeltes Institut der Vormundschaft und ferner den allgemeinen Gebrauch der Testamente mit Erbeseinsetzungen zu. Abgesehen aber von jenen Auswüchsen ist der eigentliche Kern und Inhalt der T.-Exekution, wie ich ihn oben definirt habe, die Vertretung des Nachlasses, vor wie nach der Reception des römischen Rechts, ohne den heres institutus wie mit demselben, durchaus unverkümmert bestehen geblieben. Der Erbe hat eben tatsächlich irgend welchen Einfluss auf diese Vertretung des Nachlasses nicht erlangt; dafür zeugt, dass auch heutzutage nach der communis opinio es als die Aufgabe des Exekutors gilt, die Ausführung des Testaments „selbstständig gegenüber dem Erben, unabhängig vom Erben" zu besorgen. Zweifellos aber ist es andererseits, dass durch das Dazwischentreten des heres überhaupt in dem ganzen Rechtsverhältniss zwischen dem Erblasser und T.-Exekutor eine Wandlung vor sich gegangen ist, und ich will nun darzulegen versuchen,

2. dass diese Aenderung nicht sowohl in der Stellung des T.-Exekutors, als vielmehr in der des bisherigen Vertretenen, d. i. des Nachlasses oder, wenn man will, des Erblassers stattgefunden hat. Wenn wir die juristische Konstruktion des Rechtsverhältnisses, wie es bei dem älteren Testamente ohne die Einsetzung eines Erben gestaltet war, versuchen, so ergibt sich folgendes: auf den T.-Exekutor ging irgend ein materielles Recht des Testators nicht über, denn ihm kam nur eine gewisse Vertretung der Rechtsverhältnisse des Erblassers zu; andererseits war ein Erbe*) nicht vorhanden, also muss sich notwendig die Frage aufwerfen, an welchem

*) Nämlich ein Universalsuccessor im Sinne des römischen Rechts. Wenn neben einem solchen älteren Testamente ein gesetzlicher Erbe vorhanden war, so wurde er freilich nach dem Satze „der Todte erbt den Lebendigen" sofort an Stelle des Verstorbenen materiell berechtigt, allein nur soweit als er wirklich Erbe war; dagegen in Betreff der anderweit, in diesem Testamente vergebenen Rechte kam ihm eine Vertretung der Persönlichkeit des Erblassers nach deutschem Recht nicht zu.

Subjekt in der Zwischenzweit die materiellen Rechte haften, und es ist wohl das einfachste, den Erblasser selbst als noch fortexistirend zu fingiren:*) an der kraft juristischer Fiktion in der Erbmasse fortlebenden Persönlichkeit des Erblassers haften die einzelnen Rechte und Pflichten. Als nun der heres im deutschen Testamente auftrat, nahm er unmittelbar alle einzelnen Rechtsverhältnisse, wenigstens ihrer eigentlichen Substanz nach, in ihrem materiellen Bestande, für sich in Anspruch und verdrängte so zu sagen den Testator aus der Position, welche derselbe bisher in dieser Hinsicht, (indem er als Subjekt der materiellen Rechtsverhältnisse vertreten wurde), innegehabt hatte. Die materiellen Rechtsverhältnisse sind also jetzt unmittelbar an die Person des Erben geknüpft; jedoch in Betreff des erblasserischen Willens, dessen Repräsentation und Ausführung der Testator mit bindender Wirkung dem Erben entzogen und dem T.-Exekutor verliehen hatte, fand so der Erbe den Platz, (der ihm nach römischen Recht offenbar gebührte), besetzt und ist, wie sich im Verlaufe der historischen Entwickelung gezeigt hat, nicht im Stande gewesen, den T.-Exekutor hieraus zu verdrängen. Hier also — im Punkte des erblasserischen Willens und der Vertretung desselben — blieb das Verhältniss zwischen Erblasser und T.-Exekutor genau so, wie es vorher gewesen war. Wenn wir uns nun vergegenwärtigen, dass erstlich die dem T.-Exekutor zustehende Vertretungsbefugnis in Bezug auf den Nachlass durchaus dieselbe geblieben ist, und zweitens in einem gewissen Umfange der vertretene Erblasser durch den Erben abgelöst ist, so ergibt sich als eine einfache logische Konsequenz:

3. dass nun der T.-Exekutor nicht blos den Erblasser, sondern auch den Erben zu vertreten hat. Vorher deckte der T.-Exekutor mit seiner Vertretungsmacht

*) Man könnte vielleicht auch an eine Personifikation des Nachlasses denken; dies würde aber für das im weiteren entwickelte Resultat völlig gleichgiltig sein; denn man muss zum mindesten zugeben, dass der erblasserische Wille kraft rechtlicher Anerkennung bis zu seiner Realisirung im Nachlasse fortlebt.

allein den Erblasser, nun ist ihm ganz unvermerkt in einem bestimmten Umfange, in den sog. materiellen Rechtsbeziehungen nämlich, der Erbe gewissermassen untergeschoben worden, und daher kommt es, dass der T.-Exekutor, ohne dass sich der Inhalt seiner Aufgabe geändert hätte, jetzt den Erblasser und den Erben zu gleicher Zeit zu vertreten hat. Um die vorgetragene Auffassung der Entwickelung des Verhältnisses noch einmal zusammenzufassen, so stellt sich die Sache in folgender Weise dar: Als der heres im Testamente fehlte, da verkörperten sich im Nachlass:

a) die dem erblasserischen Willen entspringenden Rechtsbeziehungen,

b) die materiellen Rechtsverhältnisse, für welche ein bestimmtes Subjekt nicht vorhanden war.

Durch den Eintritt des Erben wurde nur eine Aenderung im Punkte b, bewirkt, und es waren nun im Nachlass verkörpert neben:

a) den dem erblasserischen Willen entspringenden Rechtsbeziehungen,

b) die materiellen Rechtsverhältnisse des Erben. Demnach kommt dem T.-Exekutor als dem Vertreter des Nachlasses eine doppelte Vertretung, des Erblassers und des Erben zugleich, zu.

Dies ist zunächst noch ganz unbestimmt der eigentümliche Charakter der T.-Exekution, die nähere Begrenzung dieser doppelten Vertretungsbefugniss aber ergibt sich ebenfalls ganz unmittelbar aus der Natur der Sache: da wir nämlich festgestellt haben, dass der T.-Exekutor erstens den erblasserischen Willen zu vertreten hat, so folgt daraus, dass allen denen gegenüber, welche unmittelbar aus diesem Willen, d. h. aus dem Testamente, Rechte oder Pflichten ableiten, eine Vertretung des Verstorbenen durch den T.-Exekutor begründet ist; derselbe ist also der Vertreter des Erblassers gegenüber Erben und Legataren. Wir haben ferner gesehen, dass die Rechtsverhältnisse ihrem materiellen Bestande nach nunmehr an die Person des Erben geknüpft sind; die Konsequenz

davon ist, dass in Bezug auf alle im Nachlass verkörperten Rechtsbeziehungen, soweit sie nicht unmittelbar im Willen des Erblassers ihren Grund haben, (und worin deshalb schon für diesen selbst eine Vertretung begründet ist), also in allen Rechtsbeziehungen des Nachlasses zu anderen Personen als Erben und Legataren eine Vertretung der Erben durch den T.-Exekutor stattfinden muss; derselbe ist also Vertreter der Erben gegenüber allen dritten Personen, welche in einer rechtlichen Beziehung zur Nachlassmasse stehen. Dass aber diese Vertretung der Erben von der gewöhnlichen Prokuratur weit unterschieden ist, ergibt sich auf den ersten Blick; dass nämlich 1) deshalb, weil die Vertretungsbefugniss nicht aus dem Willen des Erben, sondern des Erblassers entspringt und lediglich ein Teil der kraft letztwilliger Anordnung dem T.-Exekutor zustehenden Vertretung des Nachlasses ist, die Stellvertretung eine für den Erben notwendige sein muss;*) dass 2) deshalb, weil der T.-Exekutor die Vertretung des Nachlasses als eine Pflicht und ein Amt übernommen hat, er sich nun nicht nach Belieben derselben entziehen kann, vielmehr die Stellvertretung des Erben auch für den T.-Exekutor eine notwendige ist,**) darin bestehen die besonderen Eigentümlichkeiten dieser Stellvertretung.

Hiermit nun ist die T.-Exekution nach allen Seiten hin klar und bestimmt begrenzt. Während nach der einen Richtung der im Testamente ausgesprochene Wille des Erblassers eine unverrückbare Grenze bildet, tritt, weil abgesehen hiervon der T.-Exekutor nur Stellvertreter der Erben ist, nach allen anderen Richtungen hin der Wille der Erben bestimmend ein; der Erbe ist darnach zweifellos berechtigt, überall da, wo der Wille des Testators eine Lücke gelassen hat, seinen eigenen Willen ergänzend einzusetzen und kann so dem T.-Exekutor die Möglichkeit entziehen, seinen Willen eigenmächtig, (d. h. ohne Rücksicht auf den Willen entweder des Testators oder des Erben), zur Geltung zu bringen. Darin liegt aber keines-

*) Förster, S. 174.

**) Beseler, S. 195, cap. 19 X de test.

wegs eine Beschränkung des Inhalts der T.-Exekution im Verhältniss zu früher, sondern nur eine festere Begrenzung desselben: wo früher das Interesse der Bedachten für das Handeln des T.-Exekutors massgebend sein musste, da ist jetzt in bestimmter Weise der eigene Wille der Erben eingetreten, und falls der Erbe es unterlässt, seinen eigenen Willen geltend zu machen, da muss auch heutzutage jene erstere Rücksicht, das Interesse der Erben, unbedingt bestimmend für die Handlungen des T.-Exekutors sein. Da bereits vorher auf Seite 15 f aufgeführt worden ist, dass das Institut der T.-Exekution sich den Geschäften von Todeswegen anreiht, so ist hiernach zu definiren: die T.-Exekution ist eine letztwillig angeordnete Vertretung des Nachlasses, welche sich zugleich als Vertretung des Erblassers gegenüber Erben und Legataren und als notwendige Stellvertretung der Erben gegenüber dritten Nachlassinteressenten darstellt.

Ich habe im Vorangehenden den eigentümlichen Charakter unseres Insituts aus der historischen Entwickelung des Verhältnisses heraus darzulegen versucht; es bleibt noch übrig zu zeigen, dass das dort gewonnene Resultat, die Doppelseitigkeit des Charakters, nicht blos dem eigenartigen Zwecke des Geschäfts vollkommen genügt, sondern dass man geradezu bei einer konsequenten Entwickelung auch auf diesem Wege zu eben demselben Resultate geführt wird.

Der Zweck der Ernennung eines T.-Exekutors kann, wovon bereits auf Seite 7 f. die Rede gewesen, heutzutage nur ein zweifacher sein: 1. Sicherstellung der Testamentsvollstreckung insbesondere gegen den Mangel des guten Willens der Erben, 2 Abwälzung der Last der Erbschaftsregulirung von den Erben. Die Erreichung des ersteren Zweckes aber ist zweifellos bedingt durch eine selbstständige Stellung des T.-Exekutors gegenüber den Erben; es ist notwendig, dass der Erbe, so lange der andere nur in den Grenzen des erblasserischen Willens handelt, seinen eigenen Willen wirksam gar nicht geltend machen könne, und die Handlungen des T.-Exekutors innerhalb der ihm zustehen-

den Gewalt müssen andererseits durchaus bindend für den Erben sein. Diese Befugniss des T.-Exekutors kann aber nur der Machtfülle des Erblassers selbst entsprungen sein, dem T.-Exekutor nur als dem Träger und dem Vertreter des erblasserischen Willens zustehen. Dann in zweiter Reihe soll das Institut befähigt sein, die Mühen der Erbschaftsregulirung von den Erben abzunehmen. Zur Erreichung dieses Zweckes ist es gewiss zunächst notwendig, dass der T.-Exekutor das Recht habe, den Erben gegenüber Dritten zu vertreten; denn wie sollte er anders im Stande sein, die Nachlassregulirung zu verwirklichen? Dies aber genügt noch nicht; es ist noch hinzuzufügen, dass er auch durchaus dazu verpflichtet sein müsse. Es ist dem Wesen und dem Zwecke der T.-Exekution entsprechend, dass der Erbe, wenn er dies für gut findet, zur Ausführung des Testaments gar nichts beizutragen braucht; er kann die Hände in den Schoos legen und dem T.-Exekutor sagen: „Gib mir, was mir aus dem Testamente gebührt; denn Du hast es als eine Pflicht übernommen, das zu verwirklichen, was der Testator wollte.“ Es ist demnach das Recht des Erben zu verlangen, dass der T.-Exekutor ihn vertrete und die einmal übernommene Aufgabe nicht willkürlich wieder von sich abschütteln dürfe. Die Stellvertretung muss also eine notwendige nicht blos für den Erben, sondern auch für den T.-Exekutor sein. Es ergibt sich demgemäss im ganzen, dass dem T.-Exekutor zugleich eine Vertretung des erblasserischen Willens und eine Stellvertretung des Erben gegenüber Dritten zukommen muss, in der Weise, dass er hierzu sowohl berechtigt als verpflichtet ist; und dies ist dasselbe Resultat, zu welchem wir auch oben gelangt sind. Andererseits folgt auch aus dem eben dargelegten, dass nur auf diesem Wege der doppelte Zweck der T.-Exekution (und damit die dem Testator in dubio unterzulegende Willensmeinung) voll und sicher erreicht werden kann.

Die T.-Exekution zeigt demnach, wie ich im vorangehenden nachzuweisen versucht habe, gewissermassen ein doppeltes Gesicht: gerade wie sich im Nachlasse selbst erstlich

die Rechtsbeziehungen des Erblassers zu Erben und Legataren und zweitens die vom Erblasser überkommenen Rechtsbeziehungen der Erben zu Dritten verkörpern, so zeigt sich auch die dem T.-Exekutor zustehende Vertretung des Nachlasses nach der einen Seite hin als Vertretung des Erblassers, nach der andern aber als Vertretung der Erben.

## III. Das Recht auf Erlangung des Besitzes.

Gemäss dem so gewonnenen allgemeinem Prinzip müssen die einzelnen Streitfragen und so zunächst die nach dem Rechte des T.-Exekutors auf Detention oder Besitz der Nachlassgegenstände beantwortet werden. Wenn es feststeht, dass es die Hauptaufgabe des T.-Exekutors ist, den erblasserischen Willen zu realisiren, d. h. die Verteilung des Nachlasses nach dessen gehöriger Zusammenbringung in's Werk zu setzen und die einzelnen Vermögensstücke den betreffenden Erben und Vermächtnissnehmern zu überliefern, so lässt sich gar nicht in Abrede stellen, dass er auch befugt sein muss, alle notwendig vorangehenden Handlungen auszuführen,*) also auch von den Nachlassgegenständen Besitz zu ergreifen. Dem Vollzieher das Besitzrecht nehmen, hiesse nichts anderes als die T.-Exekution ihm aberkennen; denn ohne dieses Recht wird er zu einem blossen Aufseher herabgewürdigt, welcher zur Realisirung des Testaments nichts weiter thun kann wie jeder Nachlassinteressent, d. h. klageweise gegen den Erben vorgehen muss.**) Diese Besitzergreifung entspricht aber auch ohne Zweifel dem

*) Sehr korrekt drückt sich in dieser Hinsicht das Zürücher Ges. B. aus: § 2100. Der Testamentsvollstrecker . . . ist berechtigt, alle Rechtshandlungen vorzunehmen, welche erforderlich sind, um den letzten Willen des Erblassers zur Vollziehung zu bringen. . . . Seine Befugnisse reichen aber nicht weiter, als das Bedürfniss dieser Vollziehung es rechtfertigt. Vgl. auch Einleitung z. A. L. R. § 89. Wem die Gesetze ein Recht geben, dem bewilligen sie auch die Mittel, ohne welche dasselbe nicht ausgeübt werden kann.

**) Sturm, bei Jhering, Jahrb. XX. S. 125.

Willen des Testators; denn es ist klar, dass der Erblasser, wenn er die Verteilung seines Vermögens einer dritten Person anvertraut, dadurch bewirken will, dass erst durch deren Vermitttlung die Erben und sonstigen Bedachten die einzelnen Bestandteile seines Vermögens in Empfang nehmen, aus deren Hand erst zu vollem und freiem Eigenthum erlangen sollen: er schiebt dadurch in gewisser Beziehung den Erben und Legataren gegenüber den Zeitpunkt seines Todes hinaus, indem er sich ein Organ schafft, durch welches er, selbst gleichsam noch weiter lebend, die von ihm gewollte Verteilung vollzieht. Die Verteilung selbst bildet deshalb gewissermassen den letzten abschliessenden Akt in einer Reihe von Handlungen, welche der T.-Exekutor als Vertreter des Erblassers vorzunehmen hat, so weit als sie zur Erreichung eben dieses Zieles notwendig sind. Daraus folgt aber als selbstverständlich, dass der T.-Exekutor innerhalb seiner Kompetenz die Tätigkeit der Erben ausschliesst;*) er ist demnach berechtigt, das Rechtsmittel, welches sonst dem in einem fehlerfreien Testamente eingesetzten Erben dazu dient, die Einweisung in den Besitz aller beim Tode des Erblassers vorhandenen körperlichen Erbschaftssachen zu erlangen, das sogenannte remedium ex lege ult. Cod. de ed. divi Hadriani tollendo, selbstständig und selbst den Erben gegenüber geltend zu machen.

Diese Befugnisse des T.-Exekutors aus dem älteren deutschen Recht herzuleiten, wo durch die Auflassung demselben die Gewere zur getreuen Hand übertragen wurde, ist, wie Beseler und andere Schriftsteller hervorheben,**) nicht richtig; denn mit dem Wegfall der Auflassung ist auch das Recht der Gewere fortgefallen; ferner genügt gewiss, wie von Hinschius bemerkt wird,***) keineswegs die nach allgemeiner Ansicht dem T.-Exekutor obliegende Verpflichtung, ein Nachlassinventar zu

*) Roth, bair. Civilrecht, S. 803.

**) Beseler, Ztsch. S. 211. Hinschius, Ztsch. für Ges. u. Rechtspflege. (1867) S. 523.

***) A. a. O. S. 523.

errichten, um daraus die Befugniss der Besitzergreifung zu folgern; denn dieser Pflicht brauchte notwendiger Weise blos ein Recht des Exekutors auf ein exhibere der Nachlasssachen von Seiten der Erben zu korrespondiren. Wohl aber ist es, man kann sagen, allgemein anerkannt, dass die Erlangung der Gewahrsam, ein notwendiges Erforderniss ist für die Ausführung der dem T.-Exekutor zu Teil gewordenen Aufgabe: selbstständig gegenüber den Erben die Verteilung des Nachlasses zu bewerkstelligen; und in dieser Rücksicht wird das hier behandelte Recht im älteren wie im neueren gemeinen Recht*) fast ganz allgemein dem T.-Exekutor zugestanden.

Die Frage, ob der T.-Exekutor auch verpflichtet sei, stets den Nachlass in Besitz zu nehmen, wird von den meisten Autoren verneint und gewiss mit vollem Rechte. Denn die Besitzergreifung ist ein Recht des T.-Exekutors, und es hängt daher von diesem ab, ob er davon Gebrauch machen will, oder es für angemessener hält, den Erben sogleich den Besitz zu überlassen, z. B. wenn er diesen das volle Vertrauen schenkt, dass sie zur Erfüllung aller Pflichten aus der Erbschaft sich bereit finden werden. Freilich wird sich der T.-Exekutor dadurch nicht von irgend einer ihm sonst obliegenden Last befreien dürfen; der Erbe wird von ihm stets verlangen können, dass er z. B. sich auf die den Besitz betreffenden Klagen einlasse und sie ordnungsmässig durchführe.

Entgegenstehend ist die Ansicht von Mühlenbruch,**) welcher dem T.-Exekutor nur bis zur erfolgten Erbschaftsantretung, zum Zwecke der vorläufigen Sicherung des Nachlasses, ein Recht auf Detention einräumen, das erwähnte interdictum adipiscendae possessionis versagen und nur, sofern sich noch Niemand im Besitz der Erbschaftssachen befindet, eine missio hereditatis servandae causa gewähren will; eine Ansicht, welche von

*) Vgl. bes. Lauterbach, IX, 25. 26; Mevius, ad ius lub. II lit. 1 art. 15 no. 8. Heimbach, S. 1040; Beseler, Ztschr. S. 211; Bluntschli, § 247 (Dtsch. Privatr.), Holzschuher, Th. u. Cas. S. 950, Sturm, S. 125.

**) Bei Glück, B. 43, S. 418, 443, 444.

dem allgemeinen Gedanken ausgeht, dass der T.-Exekutor nur eine gewisse Sorge und Ueberwachung hinsichtlich der Ausführung des Testaments zu prästiren habe.*) Es ist aber ganz zweifellos, dass diese Auffassung dem Wesen des Instituts widerspricht und die Ernennung und Wirksamkeit des Exekutors, insbesondere bei Differenzen mit den Erben, ganz illusorisch machen würde. Ohne den Besitz der Nachlassgegenstände zu ergreifen, ist der T.-Exekutor nicht im Stande, das vom Testator gewollte Resultat herbeizuführen; eine derartige Beschränkung würde dem Erben bei Mangel an gutem Willen ein Mittel an die Hand geben, um der Ausführung des Testaments Hindernisse in den Weg zu legen, sie würde aber auch, wenn es sich darum handelt, dass der T.-Exekutor die ganze Last der Erbshaftsregulirung trage, der Erreichung dieses Zweckes einen Riegel vorschieben. So ist diese Auffassung dem eigentlichen Zwecke des Instituts ganz und gar zuwider und muss deshalb verworfen werden.

Die älteren Partikular-Gesetzgebungen, welche über diesen Gegenstand Bestimmungen enthalten, folgen meist der vorgetragenen Ansicht. So heisst es in der Frankf. Reformation IV Tit. 11 § 3: „Und ist ihr Ampt, dass sie des Testirers Verlassenschaft fürderlich zusammen bringen,**) — auch den Testaments-Erben, Legatarien und andern — treulich ausstheilen sollen;“ ferner heisst es im Bair. Landrecht, Reformation von 1518: „Wo eine Person mit Tod abgeht und ein Geschäfft ihres letzten Willens hinder ihr verlässt, so soll dessen verlassen Hab und Güter den Geschäfftigern, Treustragern und Aussrichtern sölichs Geschäffts ohn rechtlich Erkennen folgen.“ Aehnliches bestimmen noch viele ältere Partikular-Gesetzgebungen, so besonders die Fränk. L. G O. LXXI, 6; der Cod. Max. Bav. III, Cap. 2 § 17; die Nürnb. Reform. Tit. 22 Ges. 1 § 4.

Um endlich noch einen Blick auf die wichtigsten neueren Kodifikationen zu werfen, so ergibt sich, dass hier im allge-

*) Hinschius, Ztsch. S. 524, S. 656 ff.

**) d. h. hier: „in Besitz nehmen“; vgl. Beseler, Ztsch. a. a. O.

meinen das Bestreben vorherrschend ist, die Befugnisse des T.-Exekutors einzuengen und dem Erben die Stellung des römischen heres nach Möglichkeit angedeihen zu lassen. Das sächsiche Gesetzbuch*) und der Code civil,**) welche diesen Stoff in ausführlicher Weise regeln, sprechen dem T.-Exekutor die Befugniss der Besitzergreifung (und der Verwaltung), wenn ihm dieselbe nicht ausdrücklich vom Testator übertragen worden ist, ab, und das französische Recht***) lässt sogar bei ausdrücklicher Uebertragung nur die Gewer (saisine) des Mobiliarnachlasses zu, wohingegen die des Immobiliarnachlasses dem Testamentsvollstrecker überhaupt nicht eingeräumt werden kann. Das österreich. bürgerl. Ges.-B.†) übergeht diesen Punkt gänzlich und auch im Preuss. Landr. findet sich eine ausdrückliche Bestimmung hierüber nicht. Die Ansichten sind deshalb schwankend; doch sind wenigstens im Preuss. Recht in neuerer Zeit die meisten Stimmen für die Gewährung eines vom Erben unabhängigen Rechtes auf den Besitz laut geworden††). Die Tendenz, welche im allgemeinen den Einschränkungen der T.-Exekutoren offenbar zu Grunde liegt: den Begriff der Universal-Succession oder Universal-Repräsentation des Erblassers durch den Erben, trotz des T.-Exekutors, möglichst durchzuführen, ist nur geeignet, die unserem Institute innewohnende Kraft abzuschwächen und eine gewisse Halbheit, wie ich glaube: zum Schaden des der T.-Exekution eigentümlichen und wohlberechtigten Zweckes zu erzeugen.

## IV. Die Qualifikation des Besitzes.

Nachdem festgestellt ist, dass der T.-Exekutor die Befugniss hat, den Besitz zu ergreifen, muss sich notwendig die Frage

*) Vgl. § 2238. 2243. Hinschius, S. 524.

**) Artik. 1026.

***) Zachariä, franz. Civilr. S. 411. 413. 414.

†) Randa, Erwerb der Erbsch. S. 81. Unger, oest. Erbr. § 27.

††) Gruchot, Pr. Erbr. S. 231. Hinschius, Koch, Förster, Sturm, S. 125.

aufwerfen, welche Qualifikation denn dieser Besitz habe. Die Ansichten gehen in diesem Punkte sehr weit auseinander, indem von den einen blosse Detention, von anderen der sog. abgeleitete Besitz mit Interdiktenschutz angenommen wird, während in neuester Zeit besonders der juristische Besitz des T.-Exekutors, entweder allgemein oder mit Beschränkung des Interdiktenschutzes (nur gegen Dritte, nicht aber gegen die Erben), verfochten worden ist. Ehe ich jedoch in die Beurteilung dieser Anschauungen eintrete, will ich es versuchen, aus dem oben aufgestellten allgemeinen Prinzip zu einem festen Resultat zu gelangen.

Wir haben gesehen, dass der T.-Exekutor, wie es seine Aufgabe ist, den Besitz der Erbschaftssachen auf die Erben zu übertragen, so auch stets denselben zu eben diesem Endzwecke ergreifen und, so lange es erforderlich, die Nachlassgegenstände in seiner Gewahrsam behalten darf; der Erbe soll erst von dem T.-Exekutor den Besitz erwerben und muss dazu den Zeitpunkt, welcher sich durch die gehörige Geschäftsführung des Vollziehers bestimmt*), abwarten. Es ergiebt sich demnach aus dem aufgestellten obersten Prinzip, wonach in seinem Verhältniss zum Erben der T.-Exekutor als Vertreter des Erblassers sich darstellt, dass er auch den Besitz in seiner Stellung als Vertreter des Erblassers ergreift und inne hat. Daraus folgt aber konsequenter Weise, dass sein Besitz derselbe ist wie der des Erblassers, dass er dieselbe Stärke haben und eben denselben Schutz geniessen muss, wie dieser, kurz: dass es der vollständige Besitz des Eigentümers ist. Es lässt sich nicht absehen und ist bei dieser Entwickelung des Verhältnisses ganz undenkbar, wie der Besitz auf dem Wege vom Erblasser zum T.-Exekutor eine Wandlung erfahren haben sollte: durch den Tod des Erblassers ist der Besitz der Nachlasssachen unterbrochen, und der Erbe darf ihn noch nicht ergreifen, dagegen hat der T.-Exekutor zunächst, wie es ja gerade seine Aufgabe ist, den Willen des Testators in seine Seele aufgenommen und zu seinem eigenen gemacht, sodann

*) Koch S. 361.

hat er auch, wie es nach der vorangehenden Entwickelung sein gutes Recht ist, sich in ein faktisches Besitzverhältniss zu den Nachlasssachen gesetzt, so dass nun die Momente, welche den Besitz des Erblassers ausmachten, in der Person des T.-Exekutors vollkommen vorhanden sind; der Besitz des Erblassers ist gleichsam wieder aufgelebt im Besitze des T.-Exekutors.

Weiterhin folgt aus dem oben aufgestellten Prinzip, wonach im Verhältniss zu Dritten der T.-Exekutor stets als Vertreter der Erben gilt, dass er auch da, wo er kraft des von ihm inne gehabten Besitzes in irgend welche Rechtsbeziehungen zu dritten Personen tritt, immer als Vertreter der Erben angesehen werden muss. Dadurch kann natürlich nicht eine Aenderung des einmal gewonnenen und festgestellten Charakters des Besitzes bewirkt werden; wohl aber ergibt sich hieraus eine sehr wichtige praktische Konsequenz, dass nämlich alle Rechtswirkungen des Besitzes dem Erben müssen angerechnet und auf ihn erstreckt werden. Deshalb wird z. B. durch die Tradition an den T.-Exekutor und ebenso durch die Usukapion einer Sache seitens desselben unmittelbar dem Erben das materielle Recht erworben. Dass es in Betreff der Usukapion nur auf den redlichen oder unredlichen Glauben des T.-Exekutors und nicht des Erben ankommen könne, ergibt sich von selbst daraus, dass ein animus domini des Erben rechtlich noch gar nicht existiren darf und folgeweise dessen etwaiges Bewusstsein vollkommen ignorirt werden muss.

Der hier vorgetragenen Anschauung treten, wenigstens im Resultate, die Ansicht von Koch und die von Hinschius und Förster sehr nahe. Ich will mich zunächst mit der Theorie von Koch*) beschäftigen, welcher zwar auch dem T.-Exekutor vollständigen und wirklichen Besitz an den Nachlassgegenständen zuschreibt, diesen aber nach der Analogie des Besitzes, welchen der Fiduziar hat, auffasst und behandelt, also einen „Besitz aus eigenem Rechte, kraft erbrechtlichen Titels" annehmen will. Diese Auffassung findet ihre Erklärung in der von Koch verteidigten

*) Pr. Erbr., S. 360 f.

und bereits früher als unhaltbar dargelegteu Theorie, welche der T.-Exekution die Natur eines Legates beilegt, und fällt mit dieser. Wenn Koch am Ende seiner Ausführungen seine Zweifel gegen die von anderen Juristen aufgestellte Ansicht in der Frage zusammenfasst: „Woher soll es kommen, dass der Vollzieher gegen den Erben aus seinem eigenen Recht und Interesse agiren darf, aber gegen einen Dritten nur im Interesse des Erben? und meint, dass offenbar der logische Faden hier gerissen sei, so glaube ich dagegen anführen zu dürfen, dass gerade die Theorie von der Doppelseitigkeit der T.-Exekution am ehesten geeignet ist, diesen scheinbaren Widerspruch zu lösen und jeden Zweifel zu beseitigen.

Eine von Hinschius*) in ausführlicher Darstellung vertretene und von Förster**) im wesentlichen angenommene Theorie geht dahin, dass der T.-Exekutor den Besitz habe, aber in der Art, dass er nicht nicht nur in Bezug auf das corpus, sondern auch in Bezug auf den animus den Erben vertritt, ohne an dessen Anweisungen gebunden zu sein; der Grund aber für diese Vertretung im animus sei nicht der Wille des Erben, sondern vielmehr der des Testators.***) Auf diese Theorie passt der vorhin citirte Koch'sche Ausspruch, hier ist irgend ein logischer Zusammenhang zwischen der Vertretung des Erben im animus und der selbsständigen Stellung des T.-Exekutors nicht aufzufinden. Denn wenn schon von vornherein eine Vertretung im animus gegenüber einer völlig handlungsfähigen Person nach gemeinem Recht den grössten Bedenken unterliegen muss, so liegt doch hier überdies ein ganz unlösbarer Widerspruch darin, dass der Testator befugt sein solle, den animus des Erben auf eine dritte Person zu übertragen. Schon darin, dass der Erblasser seinen eigenen Willen und seine eigene Dispositionsbefugniss über seinen Tod hinaus dem Erben nach deutschem Recht entziehen darf, schon darin liegt, wie oben ausgeführt, offenbar ein Eingriff

*) Ztschr. S. 536 ff.
**) Pr. Privatr., S. 176, 177.
***) Hinschius, S. 538.

in die Rehtssphäre des heres, wie ihn das römische Recht nicht zugelassen hat; dass aber gar der Testator mit dem animus des Erben solle nach Belieben schalten und walten können und ihn aus eigener Macht irgend einem Dritten solle hingeben können, das kann doch wohl nicht für zulässig erachtet werden! Das Verhältniss liegt nach dieser Theorie offenbar so: der Erblasser ist befugt, einem beliebigen Dritten in einem von ihm selbst beliebig bestimmten Umfange den animus domini des Erben einzugeben. Dies ist aber gewiss verkehrt; führt doch an anderer Stelle Hinschius*) selbst aus, dass der T.-Exekutor gewissermassen in die Seele des Erblassers hinein über die Nachlassgegenstände verfügen solle, daher statt des Erblassers den animus domini übe und die „Absicht, die Sachen für sich zu haben," in gewisser Richtung für den Erblasser betätige; ja er bemerkt sogar ausdrücklich, dass neben dem Willen des Erblassers und dem durch denselben beherrschten Willen des T.-Exekutors gar kein Raum für einen animus domini des Erben bleibe; und nun soll gerade umgekehrt dieser animus domini des Erben in die Seele des T.-Exekutors eingeschlüpft sein, und dieser den Erben sowohl animo als auch corpore repräsentiren! Das ist auf logische Weise nicht vereinbar. Es ist nach dem gesagten doch wohl konsequenter und naturgemässer anzunehmen, dass der T.-Exekutor den Willen des Erblassers zu repräsentiren hat, wenn man sich nur dabei klar macht, dass eben dieser Wille sich über den gesammten Nachlass erstrecken und demgemäss notwendig auch eine Vertretung der Erben gegenüber dritten Personen in sich schliessen muss.

Noch weniger befriedigend ist, wie besonders von Hinschius**) dargelegt wird, diejenige Auffassung, welche den Besitz des T.-Exekutors den Fällen des sogenannten abgeleiteten Besitzes zur Seite stellt. Denn wenn man das gemeinsame Prinzip dieser Fälle, wie es von Windscheid***) aufge-

*) Ztschr. S. 528.
**) Ztsch. S. 532.
***) Pand. § 149, Note 8.

stellt und von anderen Schriftstellern*) anerkannt ist, dahin konstruirt, dass hier kraft positiver Rechtsbestimmung ein Besitzvorteil gewährt wird, obgleich ein der Regel nach dazu notwendiges Erforderniss nicht vorhanden ist, so muss man auch zugeben, dass dieses Verhältniss auf den Besitz des T.-Exekutors nur dann angewendet werden darf, wenn eine Rechtfertigung des Besitzesschutzes aus inneren Gründen unmöglich ist; dass dies also gewissermassen die letzte Zuflucht sein müsste, wenn man zwar aus praktischen Rücksichten dem T.-Exekutor jenen Besitzesvorteil nicht versagen will, aus der inneren Natur des Geschäfts aber dies nicht zu begründen vermag. Dass aber dieses bei unserem Institute nicht der Fall ist, vielmehr schon aus der Natur der Sache der Besitzesschutz für den T.-Exekutor folgt, habe ich oben nachgewiesen. Ueberdies lässt sich eine Analogie mit einem der hierher gehörigen Fälle absolut nicht durchführen; der sehr streitige Fall des Prekaristen kann natürlich hier überhaupt nicht in Betracht kommen; ferner die Analogie des Faustpfandgläubigers, welche von Heimbach**) herangezogen wird, passt schon deshalb nicht, weil dieser doch immer den Eigentümer noch neben sich als verfügungsberechtigt anerkennen muss, was für das Verhältniss der T.-Exekution nicht anwendbar ist; und die Analogie des Sequesters***) kann bei der hier in Rede stehenden Frage schon um deswillen nicht vorwärts bringen, weil römische Grundsätze über die Behandlung eines sequestrirten Vermögenskomplexes unbekannt, und bei der Sequestration sowohl blosse Detention als Besitz möglich ist.†)

Zu den Vertretern dieser Theorie wird auch Beseler gerechnet; derselbe lässt den T.-Exekutor in seiner eigentümlichen Stellung als Repräsentant des Erblassers, dessen Rechte er vertritt, besitzen, giebt ihm juristischen Besitz mit der Wirkung der Interdikte, obwohl ihm „die auf das Eigentum

*) z. B. Randa, Hinschius.
**) Rtlx. S. 1041. Vgl. Hinschius, S. 532.
***) Hinschius, S. 533.
†) Vgl. Winterscheid, I § 154.

gerichtete Willensbestimmung" fehle. Dieser Einwand, welcher wie es scheint, Beseler abhält, dem T.-Exekutor vollen juristischen Besitz zu erteilen, ist m. E. durchaus nicht gerechtfertigt. Denn es fehlt dem Willen des T.-Exekutors allerdings das Moment des Eigennutzes; er will nicht — und dies ist in der ganzen Natur dieses Besitzes als eines blossen Durchgangsverhältnisses begründet, — die Sachen im eigenen Nutzen haben; wohl aber will er sie für sich zu einem bestimmten Zwecke inne haben, er will als Vertreter des Erblassers sie so, wie dieser selbst, besitzen, will darüber disponiren und kraft seines Rechtes Erben und Legataren die Nachlassgegenstände mit der Wirkung hingeben, dass sie volles Eigentum daran erlangen. Deshalb besitzt er freilich nicht „als Eigentümer", wohl aber „wie ein Eigentümer", und die Momente, welche das Wesen des vollen juristischen Besitzes ausmachen:*) „diejenige tatsächliche Gewalt und derjenige Wille, wie sie der Eigentümer haben darf", treffen durchaus vollkommen auch beim Besitz des T.-Exekutors zu.**)

Es bleibt noch übrig, die nur sehr vereinzelt aufgetretene Ansicht, welche dem T.-Exekutor die Stellung eines blossen Detentors ertheilt,***) in Betracht zu ziehen. Diese Ansicht steht offenbar im engsten Zusammenhange mit derjenigen Theorie

*) Windscheid, I § 149 S. 453.

**) Das, was vom Besitze gesagt ist, muss ganz allgemein von der Dispositionsbefugniss des T.-Exekutors geltsn; er übt dieselbe anstatt des Erblassers, deshalb ist sie eigentumsgleich. Es könnte scheinen, als ob hierin eine unnütze Uebertreibung der Gewalt der T.-Exekutoren zum Nachteil des Erben liege; doch dies kann nicht zugegeben werden, denn es ist in Betracht zu ziehen, dass der Wirkungskreis des Exekutors seine natürliche Schranke darin findet, dass nur soweit, als derselbe sich auf den Willen des Testators, (wie er im Rahmen des Testamentes sich offenbart hat), stützen kann, also nur da, wo er gewissermassen vermittels dieses Willens agirt, sein Recht die eigentumsgleiche Stärke besitzt; dagegen überall, wo er mit dem Willen des Testators nicht ausgetattet erscheint, ist er lediglich (zugleich berechtigter und verpflichteter) Vertreter der Erben, so dass er diesen als seinen wahren dominus anerkennen und dessen Willen respektiren muss.

***) Mühlenbruch, a. a. O. S. 418 443.

welche die T.-Exekution als Mandat darzustellen sucht*) und es sprechen gegen dieselbe insbesondere folgende Gründe: 1) die Annahme blosser Detention verliert jeden inneren Halt, wenn man anerkennt, was oben ausführlich begründet worden ist: dass die Mandatstheorie für die Konstruktion unseres Instituts, zu verwerfen sei; 2) die Annahme blosser Detention ist in keiner Weise geeignet, den mit Anordnung einer T.-Exekution regelmässig verbundenen Zweck, Realisirung des Testaments unabhängig von dem Erben, zu erreichen,**) denn der blosse Detentor ist unbedingt verpflichtet, die von ihm geübte tatsächliche Gewalt über die Sache dem Willen eines anderen zur Dispostion zu stellen; dieser andere könnte aber hier nur der Erbe sein, so dass gerade im Gegenteil diese Auffassung das geeignetste Mittel wäre, das vom Testator gewollte Resultat zu behindern und den angedeuteten eigentümlichen Zweck der Anordnung zu nichte zu machen.

Endlich ist noch die zwischen den beiden letztbesprochenen Theorien in der Mitte stehende Ansicht von Sintenis***) zu erwähnen. Dieser will dem T.-Exekutor juristischen Besitz und den Interdiktenschutz Dritten gegenüber, (mit dem Vorbehalt eines accessorischen Interventionsrechts für den Erben), gewähren, dagegen im Verhältniss zum Erben selbst ihm diesen Schutz versagen; diese Theorie leidet an einem inneren Widerspruch; denn wenn man einmal dem T.-Exekutor juristischen Besitz und die Vortheile des Interdiktenschutzes gewährt, so könnte ihm derselbe dem Erben gegenüber konsequenter Weise nur dann verweigert werden, wenn er zu demselben im Verhältnisse eines vitiösen Besitzers zu einem andern nicht vitiösen stände;†) was offenbar nicht der Fall ist.

In den Partikular-Gesetzgebungen finden sich in Betreff der zuletzt behandelten Frage ausdrückliche Bestimmungen wohl nirgends. Man darf indessen als Anhaltspunkt für die

*) Hinschius, S. 526 ff.
**) Ders. S. 527 528.
***) Gem. Civilr. S. 484 B. III.
†) Hinschius, S. 533 f.

Beurteilung wohl annehmen, dass allgemein, sofern dem T.-Exekutor das Recht der Besitzergreifung zugestanden war, ihm die Praxis auch den Schutz der Interdikte angedeihen liess. Für das preussische Recht*) könnte hier im übrigen noch der sogenannte unvollständige Besitz des A. L R. in Betracht kommen; derselbe ist aber gemäss der Definition des A. L. R. I Tit. 7 § 6 deshalb auszuschliessen, weil der T.-Exekutor nicht die Absicht haben darf, über die Sachen in irgend einer Richtung für sich selbst, (was hier nur heissen kann: im eigenen Interesse und Nutzen), zu verfügen. Es wird vielmehr nach der herrschenden Ansicht**) dem T.-Exekutor im preussischen Rechte der vollständige juristische Besitz zugeschrieben.

## V. Das Verhalten der Praxis.

Aus all den vorstehenden Erörterungen ergibt sich, dass aus der hier vorgetragenen Theorie ein befriedigendes und dem praktischen Bedürfnisse entsprechendes Resultat abgeleitet werden kann und dass auch die scheinbaren Widersprüche unseres Instituts in Gemässheit des zwiefachen Charakters der T.-Exekution in einfacher und natürlicher Weise gelöst werden. Ich will nun noch zum Schlusse erwähnen, dass auch das Verhalten der Praxis in Betreff des Principes der Lehre mehr geeignet ist, das gewonnene Resultat zu bestätigen und einen Beleg für die Richtigkeit desselben zu geben, als dass es ihm entgegenstände. Die Praxis nämlich hat sich im allgemeinen hier in ihren Entscheidungen sehr schwankend verhalten; es finden sich insbesondere solche Erkenntnisse, wo der T.-Exekutor als Vertreter des Erblassers, und solche, wo er als Vertreter der Erben mehr oder weniger entschieden dargestellt wird. Ich glaube nun: wenn in Wahrheit der T.-Exekutor nur entweder der Vertreter des Erblassers oder der des Erben wäre, dann würde die Praxis, welche wohl in der Regel einen

*) Hinschius, S. 534.

**) Hinschius, Ztschr. S. 542, Förster, S. 176, Koch, S. 360, Sturm, a. a. O., S. 127.

sicheren Weg geht als die Theorie, nur sehr schwer in den Irrtum verfallen sein, gerade die verkehrte Anschauung durchführen zu wollen. Dagegen lässt sich bei jener Zweiseitigkeit der Nachlassvertretung sehr wohl denken, dass das Institut, je nachdem es im einzelnen vorliegenden Falle die eine oder die andere Seite mehr hervorkehrte, auch nach der betreffenden Richtung hin beurtheilt werden konnte. Es findet sich die Auffassung des T.-Exekutors als Repräsentanten des Erblassers in ganz bestimmter Weise in einem Erkenntniss des Obertribunals zu Berlin:*) „Ein T.-Exekutor vertritt als Bevollmächtigter den Erblasser und nicht die Erben. Er ist deshalb lediglich an des ersteren, nicht an der letzteren Willen gebunden und innerhalb der Grenzen der ihm von dem Erblasser ertheilten Vollmacht ebenso befugt als verpflichtet, den Nachlass aktiv und passiv zu vertreten.“ Dieselbe Auffassung wird vertreten in einem Urtheil des Appell.-Gerichts zu Celle:**) „Nach dem Zwecke und Wesen des Instituts erscheinen die T.-Exekutoren als Repräsentanten des Erblassers, welche kraft eines selbstständigen, durch das Testament begründeten und von dem Willen des Erben unabhängigen Rechts einen Teil der sich auf die Regulirung des Nachlasses und die Ausführung der testamentarischen Bestimmungen beziehenden, nach römischem Recht dem Erben obliegenden, Funktionen auszuüben haben.“ Dagegen findet sich die Auffassung des T.-Exekutors als Repräsentanten der Erben z. B. in einem Erkenntniss des O. A. G. zu Dresden***) ferner sehr scharf und einseitig durchgeführt in einer — allerdings vom Obertribunal später verworfenen — Entscheidung des Appell.-Gerichts zu Hamm:†) „Wenn der § 557 T. 1 Tit. 12 den T.-Exekutor als den Bevollmächtigten des Erblassers bezeichne, so könne dies der Natur der Sache nach nur die Bedeutung haben, dass der T.-Exekutor nach der ihm vom Erblasser er-

*) Striethorst, Arch. VIII S. 242 ff.
**) Seufferts Arch. XXIII, 235.
***) Seuffert, VI, no. 226.
†) Entsch. des Ob.-Trib. B. 48, S. 95.

teilten Instruktion die einschlägigen Geschäfte für den Erben zu besorgen habe und dass dieser die Person sei, welche er dabei zu vertreten habe . . . Wenn das Gesetz den T.-Exekutor einen Verwalter fremder Güter nenne, so könnten dies nur die Güter des Erben sein.“*) Eine Auffassung, welche nach Möglichkeit beiden Richtungen gerecht zu werden sucht, findet sich in einem Erkenntniss des Obertribunals zu Berlin vom 27. November 1863**) Dieses Hin- und Herschwanken der Praxis kann aber nur zum Beweise dafür dienen, dass in Wahrheit sowohl der eine als der andere Charakter in dem Institute zur Geltung kommen muss. In dieser Zweiseitigkeit tritt deutlich und bestimmt die doppelte Pflicht und Aufgabe des Testamentsvollziehers zu Tage: das Recht des Verstorbenen voll zu verwirklichen und die Interessen der Lebenden kräftigst zu wahren; denn das Recht des Verstorbenen ist es, dass sein Wille hoch und heilig gehalten werde, und das Recht der Erben, dass der, welcher mit ihrem Eigen schaltet und waltet, auch ihr Interesse nach Kräften wahrnehme.

*) Vergl. ferner ein in demselben Sinne sich aussprechendes Urteil des bair. oberst. G.-H. vom 24. März 1879 in den Blättern f. Rechtsanwendung, N. F. Bd. 24 (44. Bd. der d. F.) S. 169.

**) Bei Gruchot, II. S. 234—236.

# Lebenslauf.

Geboren zu Rawitsch, Provinz Posen, am 8. Juli 1859, als Sohn des dortigen Kaufmanns Samuel Rosenthal, erhielt ich meine Schulbildung hauptsächlich auf der Realschule I. Ordn. meiner Heimatstadt. Im Jahre 1875 zum Gymnasium übergegangen, absolvirte ich das Abiturienten-Examen im September 1879 am Kgl. Marien-Gymnasium in Posen und wurde darauf bei der juristischen Fakultät der Universität zu Breslau immatrikulirt. Das Sommer-Semester 1881 studirte ich in Leipzig, die übrige Zeit in Breslau, wo ich auch im Dezember 1882 die erste juristische Prüfung bestand.

Von den Vorlesungen, welche ich während meiner Studienzeit hörte, hebe ich an dieser Stelle diejenigen bei den Herren Professoren: Brentano, Brie, Bruck, Eck, Friedberg (Leipzig), Gierke, Gitzler, Regelsberger, Schwanert, Seuffert, Freiherr von Stengel, Stobbe (Leipzig) und Windscheid (Leipzig) besonders hervor und statte hiermit allen diesen Herren meinen herzlichten Dank ab.

**Max Rosenthal.**

# Thesen.

I. Der Testamentsexekutor hat, kraft seiner rechtlichen Stellung, ein Recht auf den Besitz der Nachlasssachen und zwar auf den vollen juristischen Besitz derselben.

II. Der bonae fidei possessor erwirbt an den Früchten wiederum bonae fidei possessio und nicht Eigentum.

III. Die Freiheit des menschlichen Willens ist nicht eine unentbehrliche Voraussetzung des staatlichen Strafrechtes.